

## Leitsatz:

Ein sich aus Richtlinien oberster Landesbehörden ergebendes antizipiertes artenschutzfachliches Sachverständigengutachten darf von der zuständigen Genehmigungsbehörde nicht ohne fachlichen Grund oder ohne gleichwertigen Ersatz außer Acht gelassen werden.

## Hinweis:

Der Bayerische Windkrafterlass enthält in Anlage 6 eine konkrete Erfassungsmethode für Flugbewegungen besonders gefährdeter Vogelarten. Die untere Naturschutzbehörde hatte in diesem Fall ein spezifisch erhöhtes Tötungsrisiko für Rotmilane insbesondere unter Berufung auf ein Sachverständigengutachten des Landesamts für Umwelt bejaht, das nicht nach dieser Methode zustande gekommen war. Der Sachverständige des Landesamts für Umwelt hatte vor Gericht erklärt, dass die Erkenntnisgrundlage, auch wenn sie nicht an Hand der Anlage 6 des Windkrafterlasses gewonnen wurde, fachlich brauchbar sei. Dies ließ der Bayerische Verwaltungsgerichtshof nicht ausreichen. Nach seiner Ansicht zwingt der Gleichheitssatz des Art. 3 GG dazu, nach der Methodik des Windkrafterlasses vorzugehen oder einen gleichwertigen Ersatz zu wählen, wenn nicht fachliche Gründe ein Abweichen rechtfertigen.

Die Entscheidung ist nicht frei von Zweifeln, da nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der zuständigen Behörde eine artenschutzrechtliche Einschätzungsprärogative zukommt, so dass im Verwaltungsprozess die gerichtliche Prüfung grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt ist (BVerwG, U.v. 9.7.2008 – 9 A 14.07 –; U.v. 27.6.2013 – 4 C 1.12 –; U.v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 –). Das methodische Vorgehen und die Ermittlungstiefe der Behörde dürfen vom Gericht an sich nur darauf überprüft werden, ob sie ausreichen, um die Behörde zur sachgerechten Prüfung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände zu befähigen (BVerwG, U.v. 21.11.2013 – 7 C 40.11).

Auch prozessrechtlich erweist sich die Entscheidung als problematisch: In der mündlichen Verhandlung der zweiten Instanz hatte die Klagepartei den Hilfsantrag gestellt, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung auf Zeiten zu beschränken, in denen eine Kollision mit dem Rotmilan ausgeschlossen ist (Wintermonate und Nachtzeiten im Sommer). Nach Ansicht des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs handelt es sich bei diesem Antrag nicht um eine Klageänderung nach § 91 VwGO, sondern nur um

eine Beschränkung der mit dem Hauptantrag begehrten Betriebszeit, die nach § 264 Nr. 2 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen ist. Konsequenz dieser Ansicht ist, dass ein Antrag auf immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht mehr vollumfänglich unter Verweis auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot abgelehnt werden kann, wenn die geschützte Art zu bestimmten Jahres- und/oder Tageszeiten nicht gefährdet ist. Vielmehr muss dann eine entsprechende zeitliche Beschränkung des Betriebs beauftragt werden.

**22 B 13.1358**  
RO 7 K 10.1767

*Großes Staats-*  
*wappen*

### **Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

- \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

gegen

**Freistaat Bayern,**  
vertreten durch die Landesadvokatur Bayern,  
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

beigeladen:

**Markt Mähring,**

vertreten durch den ersten Bürgermeister,  
Großkonreuth 24, 95695 Mähring,

bevollmächtigt:

Rechtsanwalt \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

wegen

immissionsschutzrechtlicher Genehmigung;

hier: Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts  
Regensburg vom 6. Dezember 2012,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schenk,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Demling,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Dietz

ohne weitere mündliche Verhandlung

**am 18. Juni 2014**

folgendes

**Urteil:**

- I. Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg vom 6. Dezember 2012 wird geändert.
  
- II. Der Ablehnungsbescheid des Landratsamts Tirschenreuth vom 3. September 2010 wird aufgehoben. Der Beklagte wird verpflichtet, über den Antrag der Klägerin vom 26. Juni 2008 auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum (ständigen, hilfsweise zeitweiligen) Betrieb einer Windkraftanlage des Typs Enercon E-82 auf dem Grundstück FINr. 1242 der Gemarkung

\*\*\*\*\* unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

- III. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen tragen die Klägerin die Hälfte, der Beklagte und die Beigeladene je ein Viertel.
- IV. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Kostengläubiger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostenschuldner vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

#### **Tatbestand:**

- 1 Die Klägerin stellte unter dem 26. Juni 2008 (Eingang beim Landratsamt Tirschenreuth am 20.10.2008) Antrag auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windkraftanlage bei Redenbach auf dem Grundstück FINr. 1242 der Gemarkung \*\*\*\*\*. Es handelt sich bei dem Grundstück um eine Ackerfläche östlich der Staatsstraße 2172 und südlich der Staatsstraße 2167. Die Umgebung des Baugrundstücks kann als hochtalartige, plateauartige Sattellage beschrieben werden; sie stellt einen Offenlandkorridor von ca. 1,2 km Breite zwischen den nördlichen und südlichen Waldrändern dar. Laut dem Landesentwicklungsprogramm Nr. B II 1.3.1 Nr. 19 handelt es sich um ein Tourismusgebiet mit erheblichem Urlaubstourismus.
- 2 1) Die Klägerin möchte eine Anlage des Typs Enercon E-82 errichten, die folgende Daten aufweist: Nabenhöhe 78,3 m; Rotordurchmesser 82 m, Gesamthöhe 119,3 m, Nennleistung 2000 kW.
- 3 a) In den Antragsunterlagen befindet sich ein landschaftspflegerischer Begleitplan vom 6. August 2009, ergänzt am 12. Januar 2010. Dort wird das Landschaftsbild folgendermaßen bewertet: Obwohl bisher keine technischen Einrichtungen das weitgehend intakte und hochwertige Landschaftsbild im Bereich Redenbach/\*\*\*\*\* nachhaltig stören würden, sei insgesamt keine hohe Empfindlichkeit des Land-

schaftsbilds gegeben. Aus fast jedem möglichen Blickwinkel auf die Landschaft bzw. die geplante Anlage beherrschten eine Vielzahl verschiedener Elemente den Blickbereich und den Horizont, wie z.B. ineinander laufende Hügelketten mit Wäldern, Gebüsch, Einzelementen mit Vorder- und Hintergrund, aber auch topographische Geländemerkmale wie Rankenflächen und kleine Täler. Diese Vielzahl an Elementen bedinge, dass das Betrachterauge ein zusätzliches Element wie z.B. die fast überall nur teilweise sichtbare Windkraftanlage am Horizont weniger auffällig und auch weniger störend und dominierend empfinden würde als dies bei homogenen, gleichmäßigen, ruhigen Landschaften der Fall wäre. Dies führe dazu, dass die Landschaft trotz ihrer Hochwertigkeit ein neues Element besser absorbiere als eine vergleichsweise homogene, gleichartige Landschaft von gleicher Gesamtwertigkeit (S. 15 f.). Der Umstand, dass unterdurchschnittlich wenige Flächen und vor allem wenige Schwerpunktfelder der Landschaft Sicht auf die geplante Windkraftanlage hätten und damit eine Landschaftsbildänderung nur in vergleichsweise geringen Bereichen der Umgebung von einem Radius von 10 km vorliege, lege nahe, dass bei Realisierung der geplanten Windkraftanlage trotz der Hochwertigkeit des vorhandenen Landschaftsbilds keine unmäßige oder verunstaltende Landschaftsbildverletzung eintreten würde (S. 18). Die geplante Anlage übernehme in der Randzone und bis weit in die Mittelzone hinein nicht die Dominanz am Betrachterhorizont und nicht die Gesamtdominanz des Betrachterbilds. Weil sie nur einen Teil des vielgestaltigen Landschaftshorizonts darstelle, ziehe sie nicht den Fokus auf sich. Daher sei davon auszugehen, dass die geplante Windkraftanlage keine Verunstaltung des Landschaftsbilds hervorrufe (S. 13).

- 4 b) Die Klägerin legte weiter ein Gutachten zur speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung vom 7. Oktober 2008, ergänzt am 30. Dezember 2009, vor. Dort heißt es u.a.: Die in der Regel qualitativen Bestandsaufnahmen der Großvögel hätten an drei Ganztagesterminen von April bis Juli 2007 stattgefunden (S. 7).
- 5 Zum Rotmilan ist auf S. 41 ff. des Gutachtens vom 7. Oktober 2008 folgendes ausgeführt: Im Jahr 2007 sei der Rotmilan mit drei Jungen wiederholt im Gebiet Ebersberg/Mährling/Treppenstein gesichtet worden. Angenommen werde, dass er sehr wahrscheinlich im Bereich Lohhäuser (Landesgrenze) mit dem dortigen optimalen Wald/Grünlandkomplex hause und das nähere günstige Gebiet zur Jagd nutze. Der potentielle Horstplatz sei mindestens 5 km entfernt von dem strittigen Vorhaben. Insgesamt agiere der Rotmilan im Untersuchungsgebiet in einem recht großen Areal,

gerade nach der Brutzeit und mit dem sich sukzessive auflösenden Familienverband. So werde auch von nahrungssuchenden Tieren bei \*\*\*\*\* berichtet, wenngleich der dortige Landschaftsraum angesichts weitaus günstigerer Biotopkomplexe um Mähring sowie in Tschechien wohl nicht zu seinem wesentlichen Jagdhabitat zähle. Das Gleiche gelte für den breiten, intensiv genutzten Korridor südlich entlang der Staatsstraße 2167 von Ebersberg bis Redenbach, in dem das strittige Vorhaben errichtet werden solle. Im Zuge der zahlreichen Erhebungen habe dort nie ein Exemplar festgestellt werden können. Die allgemein empfohlene Tabuzone um Rotmilanhorste von 1000 m werde im vorliegenden Fall eingehalten, weil der angenommene Horst rd. 5 km entfernt und seine Bestätigung zudem offen sei.

6 Die von der Klägerin vorgelegte spezielle artenschutzrechtliche Prüfung geht auch auf den Schwarzstorch ein (S. 36 ff. des Gutachtens vom 7.10.2008, S. 1 der Ergänzung vom 30.12.2009). Innerhalb eines Radius von rund 10 km um das Vorhaben seien aktuell folgende Horststandorte bekannt oder vermutet: Rund 5 km Richtung Nordwesten in der Staatsforstabteilung Altherrgott, mindestens 3 bis 4 km Richtung Südost bis Nordost auf tschechischer Seite, etwa 6 bis 7 km nach Süden nordöstlich Kellermühle und etwa 8 km Richtung Südsüdwesten nördlich Matzersreuth. Demgegenüber seien keine Hinweise zu ermitteln, dass der Bereich direkt entlang der Staatsstraße 2167 als Flugkorridor im engeren Sinne fungieren würde. Das strukturelose Gelände an der Staatsstraße liege praktisch genauso hoch (670 bis 690 m üNN) wie das südlich gelegene Haselbachtal, das im Gegensatz zur Staatsstraße 2167 sehr störungsarm und futterreich sei. Ein Aufsteigen von Individuen in Thermikssäulen südlich des Poppenreuther Bergs habe bisher nicht beobachtet werden können. Die Staatsstraße 2167 werde in seltenen Fällen gequert. Im Umgriff der geplanten Windkraftanlage sei ein unmittelbares Verweilen zur Nahrungssuche angesichts der meist intensiv bewirtschafteten Feldflur nicht zu erwarten. Die Schwarzstörche würden auch nicht aus dem von ihnen öfters frequentierten Korridor entlang des Haselbachtals 600 bis 700 m südlich verscheucht. Die allgemein empfohlene Tabuzone von 3 km um einen Schwarzstorchhorst werde im vorliegenden Fall gewahrt.

7 2) Die vom Landratsamt eingeholten Stellungnahmen meldeten unter den Aspekten des Landschaftsschutzes und der Erholungseignung der Landschaft und des Artenschutzes (Schwarzstorch, Rotmilan, mehrere Fledermausarten) Bedenken an.

- a) Nach Ansicht der Unteren Naturschutzbehörde (Stellungnahmen vom 8.10.2009, S. 2 f. und vom 15.2.2010) ergeben sich durch die geplante Windkraftanlage die gravierendsten landschaftlichen Beeinträchtigungen von den Höhenrücken und Kuppen aus nahen und mittleren Distanzen zwischen 2,2 und 5,2 km. Diese Höhen und Kuppen stellen in der Regel Aussichtspunkte mit weiten Blickbeziehungen dar. Dort würden zudem teilweise Wanderwege verlaufen. Im Zusammenhang mit der bisher von vertikalen, über die Höhe von Waldbäumen hinausreichenden baulichen Anlagen freien Landschaft entstehe eine Veränderung, die letztendlich zur Verunstaltung und Entfremdung und zu einem Verlust der Erholungsfunktion der Landschaft führe.
- 9 b) Nach der artenschutzrechtlichen Stellungnahme der Höheren Naturschutzbehörde vom 18. Februar 2009 seien derzeit keine Gründe erkennbar, die eine Eignung des Raumes um die strittige Windkraftanlage als häufiger aufgesuchtes Nahrungshabitat des Rotmilans ausschließen würden. Auch aufgrund der speziellen thermischen Situation (aufsteigende Warmluft von landwirtschaftlichen Flächen an den kühleren Hängen des Poppenreuther Berges und des sog. Tegels, die der Milan ebenso wie der Schwarzstorch zum Hochschrauben und anschließenden Segelflug nutzen könnten, sei von einer Eignung als Flugraum zu sprechen. Der Höheren Naturschutzbehörde lägen nur wenige Hinweise auf Brutvorkommen des Rotmilans aus der gesamten östlichen Oberpfalz vor, so dass im gesamten Raum von einer ausgesprochen geringen Individuenzahl auszugehen sei. Aufgrund der Lage der geplanten Windkraftanlage im Bereich eines Brutvorkommens und des besonders hohen Tötungsrisikos bei Rotmilanen sei im vorliegenden Fall eine besonders erhöhte Gefährdung gegeben.
- 10 c) Im Hinblick auf den Schwarzstorch bestätigte die Höhere Naturschutzbehörde in ihrer Stellungnahme vom 18. Februar 2009, dass mindestens drei Horste innerhalb eines Radius von 5 km lägen (\*\*\*\*\* ca. 3,5 km, Lohhäuser und Altherrgott ca. 5 km) und dass zwei weitere Horste in einer Entfernung von ca. 5,5 km (Kellermühle) und 8 km (Matzersreuth) lägen. Es handle sich hier um ein artenschutzfachlich besonders bedeutsames Vorkommen mehrerer Brutpaare in einem verhältnismäßig kleinen Raum. Nahrungsflüge über den strittigen Windkraftanlagenstandort hinweg seien aus Gründen der im Umgriff gelegenen potentiellen Nahrungshabitate anzunehmen. Aus der Sicht der Höheren Naturschutzbehörde lasse sich aus der Kenntnis der ungefähren Lage der Horststandorte, den Beobachtungen von Gebietskennern und der Lage geeigneter Nahrungshabitate schließen, dass der überplante Raum

durchaus für Nahrungsflüge genutzt werde. Die Aussage, dass der Raum entlang der Staatsstraße 2167 als Flugraum wenig geeignet sei, sei in Zweifel zu ziehen. Eine derartige Aussage stehe in deutlichen Widerspruch zum beschriebenen Flugverhalten des Schwarzstorches, der wie andere Thermikflieger hier eine günstige Situation durch die aufsteigende Warmluft von Äckern/Wiesen im Bereich der Staatsstraße an den kühleren bewaldeten Hängen des Poppenreuther Bergs und des sog. Tegels vorfinde. Kollisionen seien aufgrund der Barriere- bzw. Schlauchwirkung der geplanten Windkraftanlage durchaus zu befürchten.

- 11 d) Was die Fledermausproblematik angeht, hat sich die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht vom 22. November 2011 mit einem Monitoring und mit dem zeitweiligen Abschalten der Anlage einverstanden erklärt. Der Vertreter der Unteren Naturschutzbehörde stimmte dem sinngemäß zu (S. 9 f. der Niederschrift vom 22.11.2011).
- 12 3. Der Gemeinderat des Beigeladenen versagte das gemeindliche Einvernehmen (Beschluss vom 30.11.2009). Das Landratsamt Tirschenreuth lehnte die Erteilung der beantragten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ab (Bescheid vom 3.9.2010). Zumindest der öffentliche Belang nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 (letzte Alternative) BauGB stehe entgegen, denn die geplante Windkraftanlage würde das Landschaftsbild verunstalten. Die Errichtung der geplanten Windkraftanlage mit einer Gesamthöhe von ca. 120 m würde einen besonders groben Eingriff in dieses Landschaftsbild darstellen. Die Windkraftanlage wäre von vielen Punkten in der Nah-, Mittel- und Fernzone einsehbar. Wenn ein Standort im Einzelfall wegen seiner Schönheit, Eigenart und Funktion in mehrfacher Weise besonders herausgehoben sei, habe dies eine besondere Qualität. Die Anlage sei mit ihrer Gesamthöhe von ca. 120 m in einem bisher nicht vorbelasteten Gebiet ein völlig unangemessenes, absolut störendes technisches Bauwerk. Der Blick würde auf die Windkraftanlage gezwungen, die wegen ihrer Höhe und des sich drehenden Rotors unwillkürlich ins Blickzentrum des Betrachters geraten würde. Es bedürfe daher keiner weiteren Sachaufklärung und Entscheidung mehr, ob dem Vorhaben eventuell noch weitere Belange, z.B. Artenschutzbelange, entgegenstünden.
- 13 4. Die Klägerin erhob Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg.

a) Das Verwaltungsgericht nahm zunächst einen Augenschein ein. Laut Niederschrift vom 20. Juni 2011 stellte der Berichterstatter fest, dass vom Baugrundstück aus wenige Häuser von \*\*\*\*\* und wenige Häuser von Redenbach zu sehen seien. Hochspannungsleitungen und dergleichen seien nicht vorhanden. Von \*\*\*\*\* sehe man die Kirchturmspitze. Die Staatsstraße zwischen Großkonreuth und Mähring sei gut befahren. Eine idyllische Ruhe für Wanderer sei hier nicht vorhanden. Vom Aussichtspunkt der St. Anna Kapelle bei Mähring aus liege das Baugrundstück westlich jenseits eines Hügels und sei nicht erkennbar. Von einem Punkt nordöstlich des Ebersberger Hofes am Waldrand sehe man das Baugrundstück ebenfalls nicht. Es liege hinter dem Wald, vor dem ein Stromverteilerkasten stehe. Vom Kostenberg aus, auf dem sich ein Wasserhochbehälter befinde, sehe man die Spitze der Kirche von \*\*\*\*\*, die Feldkapelle östlich des Baugrundstücks, das Baugrundstück selbst, den Poppenreuther Berg mit einem den Wald um 10 m überragenden Umsetzer für Fernsehen und Telefon sowie den Tillenberg mit einer ehemaligen tschechoslowakischen Abhöranlage. Im Bereich der Staatsstraße 2167 sei eine Art Talkessel vorhanden. Erhebungen gebe es nach Süden und nach Norden. Die Beteiligten seien einverständlich davon ausgegangen, dass man insbesondere wegen des dazwischen liegenden Berges das Baugrundstück von Großkonreuth aus nicht sehen könne.

- 15 b) Das Verwaltungsgericht entschloss sich zu einer weiteren Beweisaufnahme. Es erhob Beweis zum Vorkommen insbesondere von Rotmilanen östlich von Poppenreuth und im Raum Redenbach durch Einvernahme von Zeugen, und zwar eines Revierförsters und eines Polizeibeamten. Der Revierförster teilte in der mündlichen Verhandlung vom 22. November 2011 mit, dass er 2011 mehrfach Rotmilane im Bereich Asch/\*\*\*\*\* gesehen habe. Schwarzstorchpaare würden mit Jungvögeln aus diesem Bereich Richtung Tirschenreuth zur Nahrungssuche fliegen. Er habe konkret keinen Rotmilanhorst gesehen. Der Polizeibeamte teilte mit, er habe Rotmilane auf den Wiesen östlich, nördlich und nordöstlich von Poppenreuth gesehen. Er habe keine Rotmilane im Bereich Redenbach gesehen. Er habe in Asch einen Rotmilan gesehen. Er habe seine Beobachtungen beim Spaziergehen, Radfahren oder bei der Fahrt zum Dienst nach Waldsassen gemacht. Er habe die Rotmilane erkannt am Flugbild, den gespreizten Flügeln, dem deutlich gegabelten Stoß und an der charakteristischen Färbung der Oberseite. Der vom Landratsamt beigezogene Landschaftspfleger vom Landesamt für Umwelt führte aus (S. 8 der Niederschrift vom 22.11.2011), wenn gehäufte und fundierte Hinweise von kollisionsgefährdeten Arten

vorlägen, sei eine artenspezifische Prüfung nötig. Dann sei z.B. zu klären, wie die Habitatstrukturen seien und auch, wo die Brutplätze seien. Sollten im Sommer junge Rotmilane gesehen werden, so spräche dies dafür, dass in der Nähe ein Brutplatz sei. Würden Jungtiere im Herbst gesehen, spräche dies mehr für einen Rastplatz. Auf der Grundlage der Beweisaufnahme könne er nicht sagen, ob das Tötungsrisiko signifikant erhöht sei.

- 16 c) Das Verwaltungsgericht erhob weiter Beweis durch die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens des Landesamts für Umwelt zur Frage, welche Auswirkungen der Betrieb der geplanten Windkraftanlage auf geschützte Vogelarten, insbesondere auf Rotmilan und Schwarzstorch, haben würde. Im Gutachten vom 24. April 2012 stellte der gerichtliche Sachverständige fest (S. 2), dass die Informationen der Unteren Naturschutzbehörde und der vom Verwaltungsgericht einvernommenen Zeugen sowie eines weiteren Beobachters nicht den üblichen Standards entsprächen, die Ergebnisse würden aber als bewertungsrelevant für eine erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit von Vögeln im Raum zwischen Mähring/Ebersberg und Redenbach angesehen und deshalb berücksichtigt (S. 2). Brutvorkommen der vom Betrieb der Windkraftanlage besonders betroffenen kollisionsgefährdeten oder störungssensiblen Vogelarten könnten nach derzeitigem Kenntnisstand im Prüfbereich von 1000 m nicht nachgewiesen werden (S. 4). Die landwirtschaftlichen Nutzflächen und Biotop der Rodungsinsel um Mähring würden vom Rotmilan intensiv zur Nahrungssuche sowohl während der Brutzeit als auch zur Zugzeit genutzt, ebenso Gebiete östlich und nördlich von Poppenreuth und um \*\*\*\*\*, worauf mehrere Einzelbeobachtungen hinweisen würden. Mit dem nicht näher beschriebenen Brutbereich eines Rotmilanpaares nördlich von Redenbach erkläre sich die regelmäßige und häufige Nutzung des Flugkorridors zwischen Redenbach und Mähring/Ebersberg (S. 7). Durch die Topographie bedingt handle es sich bei der Talsenke zwischen Mähring/Ebersberg und Redenbach um einen Zwangspass (einen häufig genutzten Flugkorridor), der Nahrungshabitate in der Rodungsinsel Mähring mit Nahrungshabitaten um Poppenreuth und mit solchen um \*\*\*\*\* verbinde. Die Talsenke werde während der Brutzeit häufig und regelmäßig von Schwarzstorch und Rotmilan genutzt, was eine erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit begründe. Dies spreche für ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko während der Brutzeit (S. 10). Die vorliegenden Daten zeigten andererseits, dass die Talsenke für überregionale Zugbewegungen eine Leitlinienfunktion ausübe. Die häufigen Beobachtungen von Zugvögeln in diesem Bereich seien gut mit der gedachten Verlängerung eines Zugtrichters im Raum

Tirschenreuth erklärbar, der, über Mähring verlängert, Verbindung zu Zukorridoren auf tschechischer Seite darstellen könnte. Die Ausrichtung dieses Taleinschnitts in Südwest-/Nordost-Richtung, der Hauptzugrichtung europäischer Zugvögel, erkläre diese Funktion. Zusätzlich übten die land- und teichwirtschaftlichen Nutzflächen im gesamten Gebiet eine hohe Attraktivität als Rast- und Nahrungsplätze aus. Auch zu Zugzeiten sei eine durch die regelmäßige und häufige Nutzung dieses Zugkorridors erhöhte Aufenthaltswahrscheinlichkeit gegeben. Während der Zugzeiten im Herbst und im Frühjahr sowie im Winter sei ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für die kollisionsgefährdeten Arten gegeben. Dies gelte auch für den Schwarzstorch. Aufkreisende Schwarzstörche und Flugrichtungen deuteten auf eine intensive Nutzung der Rodungsinsel Mähring und auf einen Austausch mit Nahrungsgebieten besonders um Poppenreuth hin. Einzelne Flugbeobachtungen aus Richtung der geplanten Windkraftanlage in Richtung der Rodungsinsel Mähring belegten diese Vermutung und stünden im Einklang mit den großen Streifgebieten von Schwarzstörchen, die regelmäßig Distanzen von bis zu 20 km zwischen dem Brutplatz und den Nahrungsgebieten zurücklegten. Die Talsenke zwischen Mähring/Ebersberg und Redenbach werde als Flugkorridor beim Wechsel zwischen den Nahrungsgebieten und auf den Flügen von und zu den Brutplätzen regelmäßig und häufig genutzt (S. 6).

- 17 d) Im Hinblick auf die von der Klägerin geübte Kritik an der Datenerhebung und an fehlenden Belegen für hypothetische Annahmen holte das Verwaltungsgericht ein ergänzendes gerichtliches Sachverständigengutachten des Landesamts für Umwelt zum gleichen Beweisthema ein. Im Gutachten vom 18. Oktober 2012 führte der gerichtliche Sachverständige aus, er habe die Ausführungen der vom Verwaltungsgericht einvernommenen Zeugen sowie eines weiteren Beobachters als privat erhobene, zufällige Momentaufnahmen gewertet, die von versierten ornithologischen Laien ohne Vorgabe einer Erfassungsmethodik getätigt worden seien (S. 1). Nach dem bayerischen Windkrafterlass vom 20. Dezember 2011 sei für kollisionsgefährdete Arten innerhalb artspezifischer Radien das Vorhandensein von Nahrungshabitaten zu untersuchen. Gegebenenfalls müsse plausibel dargelegt werden, ob es im Bereich der strittigen Windkraftanlage zu höheren Aufenthaltswahrscheinlichkeiten komme oder der Nahbereich der Windkraftanlage signifikant häufiger überflogen werde. Eine großräumige und diffuse Verteilung der Nahrungshabitate außerhalb der artspezifischen Abstände führe in der Regel nicht zu erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten im Nahbereich einer Anlage. Vielmehr müssten die Nahrungshabitate eine räumlich gut abgegrenzte Teilmenge innerhalb der Prüfkulisse darstellen.

Im vorliegenden Fall sei festzustellen, dass innerhalb des artspezifischen Radius für den Rotmilan und für den Schwarzstorch mindestens drei Nahrungsflächen weitgehend konzentriert um die Ortschaften Poppenreuth, \*\*\*\*\* und Mähring vorkämen, die über den unbewaldeten Bereich zwischen Mähring/Ebersberg und Redenbach angefliegen werden könnten (S. 4). Der Standort der Windkraftanlage werde gerade nicht gemieden oder nur selten überflogen (S. 6). Bekannt sei, dass Schwarzstörche breite Flugkorridore zu ihren Nahrungshabitaten nutzten (S. 7). Auch der Rotmilan als Suchflieger lege weite Strecken unter Ausnutzung der Thermik im Gleit- und Segelflug zurück, führe aber auch thermikunabhängige Direktflüge über weite Strecken aus. Bevorzugte Jagdhabitate seien Flächen der offenen Kulturlandschaft mit bevorzugt frischgemähten Wiesen oder abgeernteten Feldern. Aus den Momentaufnahmen der Zeugen und Beobachter könnten Flugkorridore weder vollständig noch ihrer exakten Breite und Länge nach festgelegt werden. Der gerichtliche Sachverständige habe die Flugrouten zusammenfassend für Schwarzstorch und Rotmilan bewertet. Er habe die Nutzungen des Luftraums, die überwiegend zur Erreichung der Nahrungsflächen nötig seien, gutachtlich in dem mit hoher Wahrscheinlichkeit genutzten Raum dargestellt (S. 7). Die Einschätzung der strittigen Windkraftanlage hinsichtlich der Verletzung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG beruhe auf den vorhandenen Angaben der Zeugen. Einzuräumen sei, dass diesen Beobachtungen zugrunde lägen, die nicht systematisch und ohne Vorgabe einer Erfassungsmethodik durchgeführt worden seien. Sollten weiterhin Zweifel an der vorgenommenen Einschätzung der strittigen Windkraftanlage bestehen, empfehle der gerichtliche Sachverständige eine fachlich fundierte Datenaufnahme nach der im Windkrafteerlass vom 20. Dezember 2011 beschriebenen Vorgehensweise (vgl. dort S. 64).

- 18 e) Daraufhin lud das Verwaltungsgericht den gerichtlichen Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung zum Zwecke der Erläuterung seiner Gutachten. In der mündlichen Verhandlung vom 6. Dezember 2012 erläuterte der gerichtliche Sachverständige, es treffe zu, dass es kaum Äußerungen dazu gebe, dass der Bereich der strittigen Windkraftanlage überflogen worden sei. Daraus könne man schließen, dass der Bereich überflogen werde oder auch nicht überflogen werde. Wörtlich: „Wir haben zu wenige Erkenntnisse“ (S. 5 der Niederschrift).
- 19 Rotmilane suchten die Nahrung nicht nur in der Nähe von Teichen, sondern auch auf der gesamten offenen Flur. Rotmilane zeigten kein Vermeidungsverhalten gegenüber Windkraftanlagen. Sie würden die Gefahr nicht erkennen. Die gesamte offene Feld-

flur sei grundsätzlich Nahrungsgebiet des Rotmilans, hier deshalb, weil rund herum Wald sei. Es sei nicht jeder Acker Nahrungsgebiet und auch nicht jede Wiese, solange sie nicht gemäht sei. Auch frisch gemähte Wassergräben neben den Straßen würden vom Rotmilan genutzt (S. 7 der Niederschrift).

- 20 Welchen Weg der Schwarzstorch in dem Talbereich suchen werde, könne nicht gesagt werden. Er könne über den Bereich der Windkraftanlage fliegen oder aber auch den Raum daneben nutzen. Es sei richtig, dass ein Vogel beim Flug von einem Nahrungshabitat zum anderen nicht immer den kürzesten Weg wähle. Es sei sehr schwierig, den Grad der Wahrscheinlichkeit des Überfliegens des Standorts der strittigen Windkraftanlage zu bestimmen. Er könne nicht sagen, ob ein Schwarzstorch wegen der von der Anlage ausgehenden Verwirbelungen nicht doch die Anlage meide. Es gebe keine konkreten Erkenntnisse darüber, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Schwarzstorch in den Rotorbereich fliege. Es gebe aber wohl Erkenntnisse darüber, dass Rotorbereiche nicht dauerhaft gemieden würden. Bei Direktflügen lägen die Flughöhen zwischen 200 m und 400 m, unter Ausnutzung der Thermik. Wenn keine Thermik vorhanden sei, fliege der Schwarzstorch in Höhen, in denen er durch die Windkraftanlage gefährdet werden könne (S. 6 der Niederschrift).
- 21 Es gebe bisher keine Erhebungen darüber, wieviel Schwarzstörche und Rotmilane in der Gegend zwischen Mähring, Poppenreuth und \*\*\*\*\* lebten. Genauere Erhebungen wären aber möglich. Die Feststellung, ob und wie viele Rotmilane vorhanden seien, sei ein sehr aufwendiges Verfahren (S. 7 der Niederschrift).
- 22 5. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab (Urteil vom 6.12.2012). Der Verpflichtungsantrag sei unbegründet. Es bestehe eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos zumindest für den Rotmilan. Der Betrieb der strittigen Windkraftanlage würde das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verletzen. Auch ohne systematische Datenaufnahme (Bestandserhebung) bestehe eine ausreichende Basis für die artenschutzrechtliche Einschätzung des geplanten Vorhabens. Die Zeugen bzw. der weitere Beobachter hätten zutreffende Angaben gemacht. Die Einschätzung des gerichtlichen Sachverständigen, dass das Tötungsrisiko während der Brutzeit, der Rastzeit und der Zugzeit signifikant erhöht werde, sei nachvollziehbar. Die Beauftragung einer Vogelabwehranlage mit Stopp des Betriebs der Windkraftanlage bei Gefährdung sei kein gangbarer Weg, da deren Funktionieren nicht hinreichend sichergestellt

sei. Offen bleibe, ob es sonst Genehmigungshindernisse gebe. Der Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheids sei unzulässig.

23 6. Die Klägerin hat die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Berufung eingelegt, soweit der Verpflichtungsantrag als unbegründet abgewiesen worden ist. Im Hinblick auf den Hilfsantrag war die Berufung nicht zugelassen worden (Beschluss vom 28.6.2013).

24 Die Klägerin stellt nunmehr folgende Berufungsanträge:

25 Unter Änderung des Urteils des Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg vom 6. Dezember 2012 wird der Beklagte verpflichtet, unter Aufhebung des Bescheids des Landratsamts Tirschenreuth vom 3. September 2010 der Klägerin gemäß ihrem Antrag vom 26. Juni 2008 die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windkraftanlage Typ Enercon E-82 auf dem Grundstück FINr. 1242 der Gemarkung \*\*\*\*\* zu erteilen.

26 Hilfsweise beantragt sie die Verpflichtung zur Erteilung der Genehmigung nur mit der Maßgabe, dass die Anlage zwischen 1. April und 31. August tagsüber, d.h. zwischen kalendarischem Sonnenaufgang und kalendarischem Sonnenuntergang, nicht betrieben wird.

27 Nach Auffassung der Klägerin seien sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt. Das Landschaftsbild würde durch die strittige Windkraftanlage nicht verunstaltet werden. Das Erstgericht sei der Auffassung des Landratsamts nicht gefolgt und habe zu artenschutzrechtlichen Genehmigungshindernissen Beweis erhoben. Für den Schwarzstorch sei das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht. Dies ergebe sich aus den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 6. Dezember 2012 (S. 5 der Niederschrift). Auch für den Rotmilan sei das Tötungsrisiko nicht signifikant erhöht. Es sei völlig beliebig, wo der Rotmilan letzten Endes sein Futter finden werde; dies hänge von wechselnden Umständen ab, z.B. ob das Gras gemäht sei oder ob der Acker bestellt sei. Weshalb ein Rotmilan ausgerechnet in den Bereich des Anlagenstandorts hineinfliegen sollte, sei gerade nach den Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 6. Dezember 2012 offen geblieben. Zudem seien zwar gelegentlich Rotmilane gesichtet worden, es gebe im näheren Umkreis jedoch unstrittig keinen Horst. Die der

Einschätzung des gerichtlichen Sachverständigen zugrunde liegenden Beobachtungen von Laien seien nicht belastbar. Angesichts des typischen Jagdverhaltens des Rotmilans komme es auf sog. Korridore nicht an; daher seien im Bereich des von dem gerichtlichen Sachverständigen angenommenen Korridors auch fast keine Rotmilane gesichtet worden. Einem avifaunistischen Zwischenbericht vom 16. Dezember 2013 zufolge diene die für die strittige Windkraftanlage vorgesehene Fläche und deren Umgebung unregelmäßig als Jagdgebiet und Nahrungshabitat des Rotmilans. Die jagdliche Nutzung könne intensiv sein und mehrmals am Tag erfolgen, wenn nach landwirtschaftlicher Nutzung eine ergiebige Nahrungsquelle vorhanden sei. Weiterhin sei der Luftraum über der Fläche ein unregelmäßig genutzter Flugraum, der die beiden Talräume verbinde. Dies zeigten mehrere Überflüge in der Ost-West-Richtung bzw. umgekehrt. Im Rahmen der Begehungen hätten im Jahr 2013 bisher im 1 km-Umkreis um den strittigen Standort keine Horstplätze gefunden werden können.

- 28 Die Beigeladene beantragt die Zurückweisung der Berufung.
- 29 Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.
- 30 Der Beklagte führt unter Bezug auf die Untere Naturschutzbehörde Folgendes aus: Nach wie vor seien in den Entfernungen von 3,5 km bis 5,5 km mehrere Schwarzstorchhorste vorhanden, darunter ein neuer westlich von Mähring. Es gebe im maßgeblichen Gebiet zahlreiche Sichtungen von Rotmilanen, darunter auch von balzenden Vögeln wie auch von Jungtieren, die auf das Vorhandensein mindestens eines Horstes schließen ließen. Es sei lediglich bisher nicht gelungen, die exakte Lage des Horstes zu lokalisieren. Der Horststandort sei in einer Entfernung von 700 m bis 2000 m zur strittigen Windkraftanlage anzunehmen. Von dort aus würden Jagd- und Nahrungsflüge in die Feldflur durchgeführt.
- 31 Der Beklagte legte einen Entwurf eines Schlussberichts zur Kartierung des Rotmilans vom August 2013 vor. Danach erstrecke sich das Rotmilanrevier zwischen Poppenreuth, Großkonreuth und Asch. Der Nutzungsschwerpunkt liege in drei eng benachbarten Bereichen: 1. In der Feldflur um Poppenreuth, 2. in der Feldflur östlich Redenbach bis Ebersberg und 3. in der Feldflur um \*\*\*\*\* und Asch. Daneben würden auch die Nahrungsflächen in der Rohdungsinsel Mähring regelmäßig genutzt, wobei dort der Schwerpunkt der Beobachtungen in den Monaten Juli und August ge-

legen habe. Der Raum Mähring spiele aufgrund des hohen Anteils an extensiv genutzten Grünlandflächen und Feuchtfleichen eine wichtige Rolle als Nahrungshabitat, da dort ganzjährig Flächen mit günstigen Jagdmöglichkeiten vorhanden seien. Im April und Mai (während der Balzzeit und Nestgründungsphase sowie während der Brutzeit) konzentrierten sich die Beobachtungen vor allem auf den nördlichen Teil des Reviers um Poppenreuth, Redenbach und Großkonreuth. Dies deute darauf hin, dass sich der Horstplatz im nördlichen Teil des Reviers befinde (S. 11 f.). Für das Rotmilanrevier Mähring/Redenbach/\*\*\*\*\* bedeute dies, dass die Errichtung einer Windenergieanlage im Bereich Redenbach aus der Sicht des Erhalts des Rotmilans sicherlich sehr negative Folgen haben würde (S. 18). Der Hilfsantrag sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Die angebotene Beschränkung der Betriebszeit tagsüber zwischen 1. April und 31. August sei nicht ausreichend, um ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko auszuschließen.

- 32 Während des Berufungsverfahrens ergaben sich im Hinblick auf die gemäß Beschluss des zuständigen Planungsausschusses vom 17. September 2012 eingeleitete 22. Änderung des Regionalplans der Region Oberpfalz-Nord (Windenergienutzung) nach Abschluss des Anhörungsverfahrens folgende Entwicklungen: Am 5. Juni 2013 beriet der Planungsausschuss und gelangte zu folgender Beschlussfassung: „Die aktuelle Regionalplanfortschreibung zur Windenergie wird weiter verfolgt. Als erster der nächsten Schritte sollen Umzingelungssituationen abgewogen werden. Der Landrat des Landkreises Tirschenreuth führte aus, dass entscheidend sei, inwieweit die gemeinsamen Flächennutzungsplanungen der Gemeinden in den Regionalplanentwurf eingebracht werden könnten, weil darüber hinausgehende weitere Standorte keinesfalls tragbar wären. Der Vorsitzende des Planungsausschusses wies darauf hin, dass trotz vieler Einwände unterm Strich immer noch genügend mögliche Flächen gefunden werden könnten, die Windenergienutzung zulassen würden. Der Entwurf der Teilfortschreibung sieht u.a. einen Siedlungspuffer von 800 m für Einzelbebauung im Außenbereich vor (im vorliegenden Fall im Verhältnis zur Ortschaft Redenbach nicht eingehalten) und schließt für den Bereich der strittigen Windkraftanlage die Windenergienutzung auch deshalb aus, weil es sich um ein Gebiet mit herausragender Bedeutung für den Vogel- und Fledermausschutz handle. Für die Windenergienutzung vorgesehen sind zwei kleine Gebiete, von denen eines im Wald gelegen ist und das andere westlich von Poppenreuth und nördlich von Großkonreuth in einem Bereich liegt, in dem ebenfalls Rotmilanflüge stattfinden sollen.

- 33 Der Verwaltungsgerichtshof hat den gerichtlichen Sachverständigen des erstinstanzlichen Verfahrens mit weiteren mündlichen Ergänzungen der von ihm schriftlich und mündlich erteilten Sachverständigengutachtens betraut; diese erfolgten in der mündlichen Verhandlung vom 16. Januar 2014.
- 34 Die Beteiligten haben sich mit einem Übergang ins schriftliche Verfahren einverstanden erklärt.
- 35 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten, insbesondere auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 2014, Bezug genommen.

#### **Entscheidungsgründe:**

- 36 Der Verwaltungsgerichtshof kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 101 Abs. 2 VwGO).
- 37 Die Berufung ist teilweise begründet, weil sich die Verpflichtungsklage der Klägerin als teilweise begründet erweist. Die Versagung der begehrten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin dadurch in ihren Rechten (§ 113 Abs. 5 VwGO). Das Landratsamt hat von seiner artenschutzfachlichen Einschätzungsprärogative fehlerhaft Gebrauch gemacht. Dies gilt gleichermaßen für den Hauptantrag und für den Hilfsantrag, der nach § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung (§ 91 VwGO) darstellt, sondern nur eine Beschränkung der mit dem Hauptantrag begehrten Betriebszeit. Mangels Spruchreife (§ 113 Abs. 5 VwGO) kann die Klägerin nur eine Verpflichtung zur Neuverbescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verlangen. Die für die Entscheidung maßgebliche Sach- und Rechtslage ist diejenige im Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs. Es geht darum, ob der geltend gemachte Anspruch beim Abschluss des gerichtlichen Verfahrens besteht.

1. Das Landratsamt hat die Versagung der begehrten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im angefochtenen Bescheid allein auf die Verunstaltung des Landschaftsbilds gestützt (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 letzte Alternative BauGB). Dem kann nicht gefolgt werden.

39 Das Verwaltungsgericht hat nach Einnahme eines Augenscheins diese Auffassung des Landratsamts offensichtlich nicht geteilt; nur so ist die weitere Beweisaufnahme zu anderen Ablehnungsgründen nachvollziehbar. Die Gründe für diese Auffassung sind zwar nirgends ausformuliert, aber doch hinreichend erkennbar. Maßgebliches Kriterium ist die grobe Unangemessenheit der strittigen Anlage in ästhetischer Hinsicht, die nur im Ausnahmefall anzunehmen ist, wenn entweder die Umgebung besonders schutzwürdig oder der Eingriff besonders grob ist. Im vorliegenden Fall ist eine zwar schutzwürdige, reizvolle, kleinteilige, von über die Baumwipfel hinausreichenden vertikalen technischen Anlagen weitgehend unberührte Landschaft gegeben; diese kann aber nicht als einzigartig im Sinne von topographischen oder kulturhistorischen Alleinstellungsmerkmalen gewertet werden. Der Eingriff ist vergleichsweise zurückhaltend, weil die strittige Windkraftanlage solitär und nicht auf einer herausragenden Erhebung errichtet werden soll und durch die hügelige Landschaft ganz oder teilweise verdeckt werden würde. Dies kann anhand der Akten und des Bildmaterials hinreichend beurteilt werden. Ein erneuter Augenschein durch den Verwaltungsgerichtshof ist nicht erforderlich (vgl. zum Entgegenstehen des öffentlichen Belangs der Verunstaltung des Landschaftsbilds BVerwG, U.v. 18.3.2003 – 4 B 7.03; BayVGH, U.v. 1.10.2007 – 15 B 06.2356; U.v. 23.6.2003 – 14 B 01.1423; U.v. 24.9.2007 – 14 B 05.2149).

40 In Anbetracht dessen hätte das Verwaltungsgericht nach den Grundsätzen über sog. steckengebliebene Verfahren ein Bescheidungsurteil erlassen können (vgl. OVG NRW, U.v. 19.6.2007 – 8 A 2677/06 – NuR 2008, 55; NdsOVG, U.v. 15.5.2009 – 12 LC 55/07 – UPR 2010, 395). Das Verwaltungsgericht hat diese Konsequenz allerdings nicht gezogen, sondern selbst zu weiteren denkbaren Ablehnungsgründen Beweis erhoben. Diese Ermittlungsschritte sind im Berufungsverfahren nach den Grundsätzen über die maßgebliche Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen, reichen aber nicht aus, um eine Spruchreife der Rechtssache anzunehmen.

41 2. Die Fortschreibung des Regionalplans der Region Oberpfalz-Nord im sachlichen Teilabschnitt B X 5 (Windenergie) steht der Genehmigung des strittigen Vorhabens

ebenfalls nicht entgegen. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung, das zur Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB führen soll, als sonstiges Erfordernis der Raumordnung i.S. von § 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG einem nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben als unbenannter öffentlicher Belang gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen kann (vgl. z.B. BVerwG, U.v. 1.7.2010 – 4 C 4/08 – Rn. 10). Ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung liegt aber nur vor, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt hinreichend sicher zu erwarten ist, dass das Ziel über das Entwurfstadium hinaus zu einer verbindlichen Vorgabe i.S. des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG erstarken wird (BVerwG, U.v. 27.1.2005 – 4 C 5.04 – BVerwGE 122, 364/371). Es muss ein Planungsstand erreicht sein, der die Prognose nahelegt, dass die ins Auge gefasste planerische Aussage Eingang in die endgültige Fassung des Raumordnungsplans finden wird. Gerade bei Plänen, die auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aufgestellt werden, muss der Abwägungsprozess weit fortgeschritten sein, bevor sich hinreichend sicher abschätzen lässt, ob eine Ausschlusszone vorliegen wird (BVerwG, U.v. 27.1.2005 – 4 C 5.04 – BVerwGE 122, 364/372). Die Beschlüsse des Planungsausschusses der Region Oberpfalz-Nord vom 5. Juni 2013 lassen eine derartige hinreichend sichere Erwartung aber nicht zu. Zwar soll diesen Beschlüssen zufolge die aktuelle Regionalplanfortschreibung zur Windenergie weiterverfolgt werden; konkretere Aussagen fehlen aber. Lediglich für Umzingelungssituationen soll in eine konkrete Abwägung eingetreten werden, auch dies allem Anschein nach ergebnisoffen. Der Landkreis Tirschenreuth würde der Niederschrift zufolge wohl eher dazu tendieren, dass von den Flächennutzungsplänen der Standortgemeinden Gebrauch gemacht wird. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass das strittige Baugrundstück in einem Raum liegt, der für eine Windenergienutzung von vornherein erkennbar nicht in Betracht kommt (vgl. zu diesem Kriterium BVerwG, U.v. 27.1.2005 – 4 C 5.04 – BVerwGE 122, 364/373). Der im Entwurf vorgesehene einheitliche Siedlungsabstand von 800 m zu Misch- und Dorfgebieten sowie zu Einzelhäusern im Außenbereich ist nicht nur rechtlich nicht zwingend, sondern jedenfalls bei nur geringem Umfang der Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung rechtlich zumindest problematisch (BayVGH, B.v. 21.1.2013 – 22 CS 12.2297 – Rn. 26 ff.). Das Kriterium der herausragenden Bedeutung für den Vogel- und Fledermausschutz ist jedenfalls noch nicht in jeder Hinsicht tatsächlich fundiert; der Verstoß gegen das Tötungsverbot für besonders geschützte Arten ist im vorliegenden Fall gerade strittig (s. unter 3.). Die vorgesehene Konzentrationszone westlich von Poppenreuth und nördlich von Großkonreuth liegt ebenfalls auf offener Feldflur in der

Höhe eines möglichen Nahrungshabitats des Rotmilans, was ihre Eignung in Frage stellen und ihrer Ausweisung entgegenstehen könnte mit der Folge, dass möglicherweise bisher als ungeeignet angesehene Flächen wieder als Konzentrationsflächen in Betracht gezogen werden müssen, um der Windkraftnutzung substantiell Raum verschaffen zu können. Ob die geplante Ausweisung also erfolgen und rechtlich Bestand haben kann, stellt sich derzeit als noch völlig offen dar. Von einer verbindlichen Vorgabe sind die raumplanerischen Überlegungen noch weit entfernt.

- 42 3. Dass das in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BayNatSchG enthaltene Tötungsverbot für besonders geschützte Tierarten der von der Klägerin begehrten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung entgegensteht, ist vom Beklagten in rechtlich fehlerhafter Weise bejaht worden. Insofern ist es im Hinblick auf den Schwarzstorch und den Rotmilan jedoch möglich, dass auch eine fehlerfreie Ausübung der artenschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der zuständigen Behörde zum gleichen Ergebnis führt. Spruchreife (§ 113 Abs. 5 VwGO) besteht insofern nicht.

- 43 a) Geklärt ist zunächst, dass zu den besonders geschützten Arten nach § 7 Abs. 2 Nr. 13a BNatSchG Tiere und Pflanzenarten gehören, die in Anhang A oder Anhang B der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 aufgeführt sind und dass hierzu der Rotmilan und der Schwarzstorch gehören. Geklärt ist auch, dass dieses Tötungsverbot individuenbezogen zu verstehen ist und eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für die betroffene Tierart voraussetzt (BVerwG, U.v. 9.7.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274/301 Rn. 91; BVerwG, U.v. 14.7.2011 – 9 A 12.10 – NuR 2011, 866/875). Zu den erforderlichen artenschutzfachlichen Untersuchungen gehören regelmäßig die Bestandserfassung vor Ort und die Auswertung bereits vorhandener Erkenntnisse zu den artspezifischen Verhaltensweisen im Bereich des Vorhabens vorkommender Arten. Hinsichtlich der Frage, ob der Betrieb einer Windkraftanlage im Einzelfall ein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren einer besonders geschützten Art verursacht und damit das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verletzt, kommt der zuständigen Behörde eine artenschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu, so dass im Verwaltungsgerichtsprozess die gerichtliche Prüfung grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt ist (BVerwG, U.v. 9.7.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274/293 Rn. 59 ff. zum Fachplanungsrecht; BVerwG U.v. 21.11.2013 – 7 C 40/11 – NVwZ 2014, 524 und BVerwG, U.v. 27.06.2013 – 4 C 1/12 – zum immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren). Diese Einschätzungsprärogative bezieht sich bereits auf die Erfassung des Bestands der geschützten Art und darüber hinaus ferner auf die Bewertung der Gefahren, denen die Exemplare der geschützten Arten gegebenenfalls ausgesetzt wären. Unter diesem Gesichtspunkt war es nicht die richtige Vorgehensweise, dass das Verwaltungsgericht die Frage der Verletzung des Tötungsverbots unter Einvernahme von Zeugen und Hinzuziehung gerichtlicher Sachverständiger selbst zu klären versuchte. Dies wirkt sich im Berufungsverfahren aber nicht mehr aus, weil sich die Genehmigungsbehörde die Beweisergebnisse, die mit Hilfe des Landesamts für Umwelt und damit einer staatlichen Fachbehörde erarbeitet worden sind, zu Eigen gemacht hat. Im Berufungsverfahren ist die artenschutzfachliche Vertretbarkeit dieser Einschätzungen zu prüfen. Es ist jedoch nicht veranlasst, weitere gerichtliche Sachverständigengutachten zu dieser Frage einzuholen.
- 44 Bei der gerichtlichen Überprüfung der artenschutzfachlichen Einschätzungen ist zu beachten, dass der Gesetzgeber nicht festgelegt hat, welche Anforderungen an die Art und den Umfang der artenschutzfachlichen Bestandsaufnahme sowie die Erfas-

sung und Bewertung der vorhabenbedingten Einwirkungen zu stellen sind. Erst recht hat der Gesetzgeber kein den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie bzw. des § 34 Abs. 1 BNatSchG vergleichbares formalisiertes Verfahren einer artenschutzrechtlichen Verträglichkeitsprüfung vorgesehen. An einer untergesetzlichen Maßstabsbildung mittels Durchführungsverordnungen oder normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften fehlt es ebenfalls (BVerwG, U.v. 21.11.2013 – 7 C 40/11 – NVwZ 2014, 524). Die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde wird gleichwohl auch im Bereich der artenschutzfachlichen Einschätzungsprärogative nicht von gerichtlicher Kontrolle freigestellt. Der Verwaltungsgerichtshof ist verpflichtet, zu überprüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzfachlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen (BVerwG, U.v. 21.11.2013 – 7 C 40/11 – NVwZ 2014, 524, 525). Im vorliegenden Fall ist dies im Hinblick auf die Nichtbeachtung von Anlage 6 des Bayerischen Windkrafteerlasses zu verneinen.

- 45 Der Verwaltungsgerichtshof verkennt nicht, dass Anlage 6 des Bayerischen Windkrafteerlasses keinen Rechtssatzcharakter hat. Rechtlich handelt es sich hierbei um ein antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität. Es beruht auf landesweiten fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen und lässt regionale und lokale Partikularinteressen in den Hintergrund treten. Hiervon darf auch angesichts der artenschutzfachlichen Einschätzungsprärogative nicht ohne fachlichen Grund und ohne gleichwertigen Ersatz abgewichen werden. Dies gebieten insbesondere die rechtlichen Gesichtspunkte der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) und der Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG). Die von den obersten Landesbehörden zur Verfügung gestellte zusätzliche fachliche Konkretisierungsebene darf nicht ohne fachliche Begründung außer Betracht gelassen werden.
- 46 b) Was den Schwarzstorch angeht, reichen die vorliegenden Aussagen von Zeugen und die sachverständigen Äußerungen nicht aus, um die Verletzung eines artenschutzrechtlichen Verbots sachgerecht zu bejahen oder auszuschließen, so dass weitere behördliche Ermittlungen erforderlich sind, die methodisch einwandfrei und von ausreichender Ermittlungstiefe sein müssen, wobei insbesondere der Bayerische Windkrafteerlass vom 20. Dezember 2011 mit dessen Anlage 6 als Orientierungsmaßstab in Betracht kommt.

- 47 Beim Schwarzstorch handelt es sich um keine Tierart, die aufgrund ihrer artspezifischen Verhaltensweisen ungewöhnlich stark von den Risiken des Betriebs von Windkraftanlagen betroffen ist. Dies ergibt sich vor allem aus den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht vom 6. Dezember 2012. Der gerichtliche Sachverständige geht davon aus, dass Windkraftanlagen in Bezug auf den Schwarzstorch eine Scheuchwirkung haben können. Es spricht daher manches dafür, dass der sehr scheue und störungsempfindliche Schwarzstorch Windkraftanlagen ausweicht (vgl. dazu auch VG Hannover, U.v. 22.11.2012 – 12 A 2305/11 – NuR 2013, 217/220). Im Umkreis von 3 km zum strittigen Windkraftanlagenstandort (Prüfbereich nach Anlage 2 zum Bayerischen Windkrafteerlass vom 20.12.2011 „Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen, Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, für Wissenschaft, Forschung und Kunst, der Finanzen, für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, für Umwelt und Gesundheit sowie für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten“) sind keine Brutvorkommen des Schwarzstorchs nachgewiesen. Was Überflüge zu regelmäßig aufgesuchten Nahrungsmittelhabitaten im Umkreis von 10 km um die geplante Windkraftanlage (vgl. zu diesem Prüfbereich Anlage 2 des Bayerischen Windkrafteerlasses vom 20.12.2011) anbetrifft, fehlt es an hinreichenden Erkenntnissen. Dementsprechend hat sich der gerichtliche Sachverständige vor dem Verwaltungsgericht geäußert. Es gebe zu wenig Erkenntnisse, dass der Bereich der strittigen Windkraftanlage überflogen wurde. Es könne nicht gesagt werden, ob der Schwarzstorch wegen der von der Anlage ausgehenden Verwirbelungen die Anlage meiden werde. Es gebe keine konkreten Ergebnisse darüber, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Schwarzstorch in den Rotorbereich fliege. Bei Direktflügen betrage die Flughöhe ohnehin 200 m bis 400 m bei einer Gesamthöhe der strittigen Windkraftanlage von nur 120 m. Nachvollziehbar und nicht widerlegt sind außerdem die Aussagen in der von der Klägerin vorgelegten speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung (Gutachten vom 7.10.2008 S. 36 ff., mit Ergänzung vom 30.12.2009, S. 1), wonach die Schwarzstörche das ca. 600 bis 700 m südlich gelegene störungsarme und futterreiche Haselbachtal als Flugkorridor bevorzugen würden.
- 48 c) Was den Rotmilan angeht, ist die Verletzung eines artenschutzrechtlichen Verbots unter fehlerhafter Ausübung der artenschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative bejaht worden.

- 49 Es handelt sich zwar um eine Tierart, die aufgrund ihrer artspezifischen Verhaltensweisen ungewöhnlich stark von den Risiken des Betriebs von Windkraftanlagen betroffen ist. Der Rotmilan erkennt unstreitig die von Windkraftanlagen ausgehenden Gefahren nicht und kann daher keine Vermeidungsstrategien entwickeln (vgl. auch hierzu die Aussagen des gerichtlichen Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht vom 6.12.2012; vgl. ferner VG Hannover, U.v. 22.11.2012 – 12 A 2305/11 – NuR 2013, 217/220).
- 50 Gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG würde im Hinblick auf den Rotmilan verstoßen werden, wenn in nicht zu beanstandender Weise festgestellt worden wäre, dass diese von den Risiken des Betriebs von Windkraftanlagen ungewöhnlich stark betroffene Tierart sich häufig – sei es zur Nahrungssuche oder beim Zug – im Gefährdungsbereich der strittigen Windkraftanlage aufhalten würde (vgl. BVerwG, U.v. 14.7.2011 – 9 A 12.10 – NuR 2011, 866/875). Der Bayerische Windkrafteerlass vom 20. Dezember 2011 schreibt hierzu auf S. 42 zutreffend vor, dass plausibel dargelegt werden muss, ob es im Bereich der geplanten Windkraftanlage zu höheren Aufenthaltswahrscheinlichkeiten kommt oder der Nahbereich der Anlage, z.B. bei Nahrungsflügen, signifikant häufiger überflogen wird. Ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko ist danach anzunehmen, wenn die Untersuchung der Aufenthaltswahrscheinlichkeiten nicht ergibt, dass die Windkraftanlage gemieden oder nur selten überflogen wird. Eine großräumige und diffuse Verteilung der Nahrungshabitate außerhalb des Mindestabstands der Windkraftanlage zum Brutvorkommen von 1000 m beim Rotmilan führt danach in der Regel nicht zu erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeiten im Nahbereich einer Anlage. Vielmehr müssten die Nahrungshabitate eine räumlich gut abgrenzbare kleinere Teilmenge innerhalb der Prüfkulisse des Abstands für regelmäßig aufgesuchte Nahrungshabitate von der geplanten Windkraftanlage von 6000 m beim Rotmilan darstellen, die regelmäßig über die Anlage angeflogen würden.
- 51 Die Beweisaufnahme durch das Verwaltungsgericht hat zwar ergeben, dass der gerichtliche Sachverständige ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko aufgrund des Betriebs der geplanten Windkraftanlage für den Rotmilan angenommen hat. Diese Beweisaufnahme ist aber methodisch zu beanstanden, weil hierbei ohne fachlichen Grund von den Vorgaben in Anlage 6 des Bayerischen Windkrafteerlasses abgewi-

chen worden ist und auch kein gleichwertiger Ersatz für diese Vorgaben zugrunde gelegen hat.

- 52 Wie der gerichtliche Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof ausgeführt hat, ist er zunächst in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass im 1000 m-Umkreis um den Windkraftanlagenstandort kein Rotmilanhorst existiert (vgl. zu diesem Prüfbereich Anlage 2 des Bayerischen Windkrafterlasses vom 20.12.2011). Er hat sich sodann – folgerichtig – der Frage gewidmet, ob sich im Umkreis von 6 km um die geplante Windkraftanlage regelmäßig aufgesuchte Nahrungshabitate, sog. hot spots, befinden (vgl. zu diesem Prüfbereich ebenfalls Anlage 2 des Bayerischen Windkrafterlasses vom 20.12.2011). Diese Frage kann nur mit Hilfe von Flugbeobachtungen beantwortet werden, die grundsätzlich systematisch an Hand einer naturschutzfachlich fundierten Erfassungsmethode, z.B. an Hand von Anlage 6 des Bayerischen Windkrafterlasses, erfolgen müssen. Nur auf diese Weise kann der Unsicherheit, die der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof erläutert hat, angemessen begegnet werden. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass durch den Umbruch von Feldern oder das Mähen von Wiesen oder durch das Vorhandensein eines verletzten oder kranken Wildtieres attraktive Nahrungshabitate für einen vorübergehenden Zeitraum entstehen, ohne dass daraus ein dauerhaft bevorzugtes Nahrungshabitat, ein „hot spot“, abzuleiten wäre. Die schwierige Unterscheidung erfordert ein standardisiertes methodisches Vorgehen, wie es z.B. in Anlage 6 des Bayerischen Windkrafterlasses dargestellt ist. Das alleinige Abstellen auf die Lage des strittigen Baugrundstücks in einem Offenlandkorridor, der in einer bevorzugten Vogelzugrichtung verläuft, entspricht nicht den Standards der Anlage 6 des Bayerischen Windkrafterlasses. Von letzteren ist im konkreten Fall abgewichen worden, ohne dass dies fachliche Gründe gehabt hätte oder dass ein gleichwertiges Erfassungs- und Bewertungssystem gewählt worden wäre. Im Gegenteil hat der gerichtliche Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass ein Vorgehen an Hand von Anlage 6 des Bayerischen Windkrafterlasses sicherlich besser wäre. Insbesondere wäre es für eine naturschutzfachliche Begutachtung optimal, wenn Aussagen zur Relation der genannten Beobachtungszeit zur Zeitdauer der tatsächlichen Beobachtung vorlägen. Der gerichtliche Sachverständige hat zwar im vorliegenden Fall einerseits von einer brauchbaren Erkenntnisgrundlage gesprochen, andererseits aber auch davon, dass zu wenige konkrete Daten bekannt seien. Er hat eingeräumt, dass die von ihm angenommenen Flugkorridore überwiegend auf theo-

retischen Annahmen beruhen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum gerade in einem kommunalpolitisch besonders umstrittenen Fall wie dem vorliegenden nicht die eindeutig bessere Erfassungsmethode gewählt worden ist. Anlage 6 des Bayerischen Windkrafterlasses empfiehlt insbesondere die Auswahl von mindestens zwei Fixpunkten zur gleichzeitigen Beobachtung und eine Beobachtungsdauer von etwa drei Stunden täglich bei im Mittel drei Beobachtungstagen je Monat. Die Untersuchung soll den Zeitraum Mitte März bis Ende August umfassen; im Hinblick auf den Hilfsantrag der Klägerin sind auch Februar und September einzubeziehen. Festzuhalten sind insbesondere auch die Zeitanteile der Raumnutzung.

- 53 Der Beklagte muss daher im vorliegenden Fall seine artenschutzfachlichen Einschätzungen auf eine Erfassungsmethode nach Anlage 6 des Bayerischen Windkrafterlasses oder eine gleichwertige Methode zu stützen und auf dieser Grundlage erneut über den Genehmigungsantrag entscheiden. Die zuständige Behörde kann dabei nach § 13 Abs. 1 oder Abs. 2 der 9. BImSchV vorgehen. Nach den im Haupt- und im Hilfsantrag genannten Betriebszeiten ist zu differenzieren, falls nicht dem Hauptantrag in vollem Umfang stattgegeben werden kann.
- 54 Kosten: § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.
- 55 Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 167 Abs. 2 VwGO, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
- 56 Nichtzulassung der Revision: § 132 Abs. 2 VwGO.

### **Rechtsmittelbelehrung**

- 57 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungs-

gerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

58 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

59 Dr. Schenk Demling Dr. Dietz

60 **Beschluss:**

61 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 130.000 Euro festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG; wie Vorinstanz).

62 Dr. Schenk Demling Dr. Dietz